

Boom Juridische uitgevers
Postbus 85576
2508 CG Den Haag
T (070) 330 70 33
F (070) 330 70 30
E info@bjv.nl
I www.bju.nl

EstateTip

Afl. 2005-37

21 september 2005

Successierechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten Box I of Box II: what's the difference?

Blijkens de tekst van artikel 35b lid 1 jo. lid 2 SW 1956 kunnen de successierechtelijke bedrijfsopvolgingsfaciliteiten worden toegepast bij de 'verkrijging krachtens gift of erfrecht' van:

- '1. de bestanddelen van het vermogen van een *ondernemer* als bedoeld in artikel 3.4 of 3.5 Wet IB 2001 of van een *medegerechtigdheid* als bedoeld in artikel 3.3, lid 1, sub a Wet IB 2001, de bestanddelen van een gedeelte van een onderneming daaronder begrepen, mits het een onderneming betreft van de erflater of de schenker die door de verkrijger rechtstreeks wordt *voortgezet*,
2. de *aandelen* in en winstbewijzen van een vennootschap waarvan het kapitaal geheel of gedeeltelijk in aandelen is verdeeld, niet zijnde een lichaam waarvan de feitelijke werkzaamheid bestaat in het, onmiddellijk of middellijk, *beleggen van vermogen* of daarmee overeenkomende werkzaamheid, die behoorden tot een *aanmerkelijk belang* in de zin van Afd. 4.3 van Wet IB 2001 bij de erflater of schenker. [cursivering van ons, SBSJ]

Op het eerste gezicht een goed leesbare opsomming van de vermogensbestanddelen die voor de bedrijfsopvolgingsregeling in aanmerking kunnen komen. Het blijkt in ieder geval dat zowel de 'Box I-onderneming' als de 'Box II-aandelen' gefacilieerd kunnen worden.

Wel bevat de omschrijving enkele abstracties die in de praktijk tot vragen kunnen leiden. Zo mag geen sprake zijn van – een deelneming – in een lichaam waarvan de *feitelijke* werkzaamheid bestaat in het, onmiddellijk of middellijk, *beleggen van* vermogen of een daarmee overeenkomende werkzaamheid. Statutaire doelomschrijvingen geven derhalve geen uitsluitsel. Het gaat om de *werkelijke* activiteiten, waarvan niet met een enkele vuistregel is aan te geven wanneer deze wel of niet als beleggen kunnen worden aangemerkt.

Voorts heeft de staatssecretaris in zijn besluit van 16 maart 2004 (nr. CPP 2003/1717M) de wettelijke omschrijving van het ondernemingsvermogen 'opgerekt'

door verschillende verkrijgingen die naar de letter niet aan de wettekst voldoen, toch als ondernemingsvermogen aan te merken. Plannen met de faciliteiten is dan ook onmogelijk zonder dit besluit ter hand te nemen. Op de 'grenzen' van het kwalificerende ondernemingsvermogen komen wij in een volgende *EstateTip* nog terug.

De keuze van een ondernemer voor een persoonlijke – in Box I gesitueerde – onderneming of een BV waarvan de deelneming – mits een aanmerkelijk belang – in Box II is ondergebracht, wordt – zo is onze indruk – *zelden* uitsluitend gemaakt met het oog op de successierechtelijke bedrijfsopvolgingsregeling. Toch dient men opmerkzaam te zijn op de verschillende behandeling van de gemaakte keuze met het oog op deze faciliteiten.

Ter illustratie daarvan een voorbeeld.

Stel A en B zijn onder uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen met elkaar gehuwd, uit welk huwelijk hun enige kind, C, is geboren. A heeft een 'Box I-onderneming' met een waarde van € 2 miljoen. Een testament is door A *niet* gemaakt. A overlijdt.

Tot A's nalatenschap behoort uitsluitend bedoelde onderneming, welke als gevolg van de wettelijke verdeling door B wordt verkregen. C krijgt een uit de wettelijke verdeling voortvloeiende geldvordering op B, groot € 1 miljoen, welke correspondeert met een schuld van B aan C met een gelijke omvang.

Het ondernemingsvermogen kwalificeert als 'Box I-onderneming' voor de bedrijfsopvolgingsregeling. B zet de onderneming bovendien ten minste gedurende een periode van vijf jaren na A's overlijden voort (art. 53b SW 1956). De '60%-vrijstelling' kan worden toegepast op de volledige waarde van bedoelde onderneming (€ 2 miljoen) en bedraagt derhalve € 1,2 miljoen. Tot zover is er niets aan de hand, behalve dan dat de successierechtelijke heffingsgrondslag van B kleiner kan zijn dan de 'opvolgingsvrijstelling'. 'Faciliteitsverlies' is het resultaat! De estate planner 'vult de langstlevende wellicht nog een beetje op', maar dit terzijde.

Vervolgens overlijdt B; C is enige erfgenaam en zet bedoelde onderneming voort na B's overlijden. De vraag die opkomt, is over welk bedrag de 'vrijstelling' nu mag worden berekend. Over € 2 miljoen (ervan uitgaande dat de waarde van de onderneming gelijk is gebleven) of over € 1 miljoen? De laatste optie is gebaseerd op de gedachte dat de overbedelingsschuld van B als tot het ondernemingsvermogen behorend moet worden aangemerkt, en derhalve de waarde van die onderneming – mede – beïnvloedt. Hierbij dient te worden bedacht dat de overbedelingsschuld na het overlijden van A op grond van artikel 5.4 Wet IB 2001 volledig wordt gedefiscaliseerd. Voorts zal deze schuld als gevolg van de overgang onder algemene titel daarvan op de schuldeiser (C) door het overlijden van B als 'sneeuw voor de zon verdwijnen'.

Men kan betogen dat de overbedelingsschuld van B aan C vanwege haar 'financieringsfunctie' als ondernemingsvermogen dient te worden gekwalificeerd (zie voor 'kwalificatievraagstukken' bijvoorbeeld, L.W. Sillevius, F.H. Lugt, *Cursus Belastingrecht (Inkomstenbelasting)*, studenteneditie, p. 207 e.v.). De defiscalisering brengt weliswaar mee dat deze schuld op grond van artikel 3.16 Wet IB 2001 uit Box I wordt 'gelicht', maar dat is 'slechts' een 'inkomstenbelastingstechniek'. De waarde van de onderneming wordt voor de SW 1956 in beginsel dan ook wel degelijk

beïnvloed door de overbedelingsschuld, als gevolg waarvan bij het overlijden van B de 'vrijstelling' moet worden berekend over € 1 miljoen en derhalve € 0,6 miljoen bedraagt.

De optelsom van de 'vrijstellingen' ter zake van het overlijden van A én B bedraagt dan ook € 1,8 miljoen, immers een 'vrijstelling' van € 1,2 miljoen bij het eerste en een 'vrijstelling' van € 0,6 miljoen bij het tweede overlijden.

Hoe zou een en ander er uit hebben gezien als A voor zijn ondernemingsactiviteiten een BV had gebruikt, waarvan hij enig aandeelhouder was. De aandelen zouden door de wettelijke verdeling bij B terecht zijn gekomen, die – uitgaande van gelijke bedragen – een 'vrijstelling' zou kunnen claimen van € 1,2 miljoen.

Vervolgens komt B te overlijden; C verkrijgt de aandelen en houdt deze ten minste vijf jaren na dat overlijden. Waarover wordt de 'vrijstelling' bij het overlijden van B berekend? Over € 2 miljoen of over € 1 miljoen?

Omdat de overbedelingsschuld in de BV-casus de waarde van de onderneming voor de SW 1956 – en dus van de aandelen – *niet* beïnvloedt, zal de '60-vrijstelling' kunnen worden berekend over € 2 miljoen en bedraagt deze derhalve – opnieuw – € 1,2 miljoen! Raar, maar – naar het zich laat aanzien – waar.

Als we de 'optelsom' opnieuw maken, levert dat een uitkomst van € 2,4 miljoen op (zowel bij het eerste als het tweede overlijden kan een vrijstelling van € 1,2 miljoen worden verkregen). Een verschil van € 0,6 miljoen! Voor een estate planner meer dan de moeite waard.

Naast alle bekende argumenten om de BV 'in te gaan', zoals inkomstenbelastingvoordelen, aansprakelijkheid et cetera, kan de estate planner er nog één aan toe voegen, te weten de successierechtelijke bedrijfsopvolgingsregeling.

What's the difference? Al gauw zo'n 60% van de waarde van de overbedelingsschuld.